

**ALGUNOS PROBLEMAS  
DEL DERECHO DE DEFENSA**

VÍCTOR MORENO CATENA  
*Catedrático de Derecho Procesal*

1. La sociedad actual hace tiempo que proclamó, como ya dijera Carrara, que el derecho de defensa se reconoce universalmente no como concesión humanitaria procedente de la benignidad de los legisladores, sino como verdadero y propio derecho emanado de la suprema ley de la naturaleza (1).

Como no podía ser de otra manera, la Constitución española reconoce el derecho a la defensa en su artículo 24, dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, rubricada «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa se hace desde una doble vertiente: por una parte, prohibiendo la indefensión en el apartado primero; por otra parte, disponiendo que todos tienen derecho a la defensa en el apartado segundo. Esta doble referencia a la defensa en la norma constitucional permite establecer una distinción conceptual acerca de lo pretendido en el texto fundamental, con repercusiones tanto desde el punto de vista estructural como también a efectos operativos para la aplicación de los derechos fundamentales.

El artículo 24.1, prohibiendo la indefensión, alude a una vertiente activa de la defensa, haciendo referencia a la tutela de los derechos de los ciudadanos sin que éstos puedan quedar desprotegidos cuando el actor reclama la intervención judicial para la salvaguarda de aquéllos.

El artículo 24.2, por su parte, parece referirse a la vertiente pasiva de la defensa, como repulsión o reacción frente a una agresión ya producida en el marco de un proceso. Esta última concepción es la que viene siendo normalmente utilizada por la doctrina, en particular

---

(1) CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, Prato, 1881, págs. 119-120.

para el proceso penal, y será la que, en líneas generales, servirá de pauta en las páginas que siguen.

El derecho de defensa es un derecho marco que tiene un conjunto de presupuestos para su realización y se vale de una serie de instrumentos para su ejercicio, todos ellos reconocidos también constitucionalmente. Como presupuestos del derecho de defensa debemos referirnos tanto al derecho de audiencia bilateral, o principio de contradicción, como al derecho a ser informado de la acusación, sin los cuales no sería posible obviamente ejercitar aquél. Como instrumentos del derecho fundamental a la defensa aparecen el de asistencia de abogado, el derecho a la prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Así pues, el derecho de defensa comprende aquellas actuaciones procesales —bien sean actos u omisiones— para repeler la agresión de que ha sido objeto una persona y, en el proceso penal, para la salvaguarda del derecho a la libertad del imputado. En este orden jurisdiccional el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso actúa como factor de legitimidad tanto de la acusación como de la sanción penal.

2. Como queda dicho, el derecho de defensa guarda íntima relación tanto con el principio de contradicción entendido como posibilidad de oponerse a las pretensiones del actor, como con el principio acusatorio.

En efecto, el principio de contradicción, corolario del derecho a un proceso con todas las garantías, exige la posibilidad efectiva de acceder a los Tribunales y ser oído por los mismos, adquiriendo la condición de parte procesal y obteniendo la información precisa acerca de la acusación formulada contra él (2).

Por su parte, el principio acusatorio, relativo al objeto del proceso, presenta como una de sus notas esenciales la necesidad de una perfecta correlación entre la acusación y el fallo, lo que naturalmente exige el conocimiento previo de la acusación y del hecho punible.

En este orden de consideraciones debe abordarse la interpretación que el Tribunal Supremo viene haciendo del artículo 733 de la LE-

Crim., que permite al tribunal sentenciador introducir la tesis para en definitiva condenar al acusado a pena más grave que la que fue objeto de acusación.

La doctrina del Tribunal Supremo, sentada básicamente en las sentencias de 4 de noviembre de 1986, 2 de abril, 4 y 16 de junio y 1 de diciembre de 1987, y de 3 de noviembre de 1988, puede concretarse en las dos siguientes exigencias: a) la introducción de la tesis es una facultad excepcional que la LECrim. atribuye al tribunal sentenciador que en ningún caso le permite alterar los hechos contenidos en las calificaciones definitivas, y b) para condenar por pena más grave que la pedida por la acusación es preciso en todo caso que ésta acoja la tesis introducida por el tribunal.

a) La primera premisa de la doctrina del Tribunal Supremo parece acogible sin dudas; porque, en efecto, el propio tenor literal del artículo 733 de la Ley alude a la excepcionalidad de la facultad y porque si el tribunal no se atuviera estrictamente a los hechos contenidos en las calificaciones definitivas se estaría vulnerando el derecho de defensa y, al desconocer el acusado la acusación formulada contra él, se generaría una clara indefensión.

Sin embargo, no se pueden tener presentes de forma aislada los hechos contenidos en las conclusiones definitivas, porque es lo cierto que en el proceso penal los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento van delimitándose a lo largo de todas las actuaciones, desde la apertura de las primeras diligencias hasta el momento de las calificaciones definitivas (cfr. al respecto la sentencia TC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5).

En efecto, existen dos actos procesales fundamentales en orden a la delimitación de los hechos en el proceso ordinario por delitos graves: el auto de procesamiento y el escrito de calificaciones provisionales (podríamos encontrar el correlato de estos actos en las diligencias previas y en el escrito de acusación respecto del proceso abreviado).

El auto de procesamiento tiene una virtualidad negativa de primer orden, en cuanto impide formular acusación por hechos diferentes a los comprendidos en el mismo. No obstante, debe convenirse en que el auto de procesamiento carece de efectos positivos, dado que no vincula a la parte acusadora para formular sus calificaciones provisionales ni definitivas por todos los hechos por los cuales se dictó; la

(2) GIMENO SENDRA, en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, con otros autores, 3.ª ed., Valencia, 1989, págs. 66 y sigs.

acusación se basará en aquéllos que la parte considere puedan ser objeto de condena dentro de los recogidos en dicho auto.

A los efectos de la determinación de los hechos en el juicio oral existe un segundo momento procesal que es rigurosamente fundamental: me refiero al escrito de calificaciones provisionales o escrito de acusación, en la medida en que éstas van a marcar no sólo el objeto de la prueba en el juicio oral, sino también las conclusiones definitivas y, a la postre, la sentencia. Es preciso salvar, a este propósito, el supuesto en que se produzcan revelaciones o retractaciones inesperadas que traigan al proceso hechos nuevos durante el juicio oral, provocando alteraciones sustanciales en el mismo; debe acordarse entonces, como prevé la LECrim., la suspensión del juicio y practicarse nuevas pruebas o alguna sumaria instrucción complementaria (arts. 746.6 y 747), para salvaguardar en definitiva los derechos de las partes en el proceso penal (como se reconoce en la sentencia TC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5).

b) El segundo de los puntos en que se basa la doctrina del Tribunal Supremo —la necesidad de que la acusación acoja la tesis planteada por el tribunal sentenciador— es más difícilmente sostenible. Se dice que, en otro caso, se produciría una sustitución de las actas de acusación, comprometiendo la imparcialidad del tribunal y privando a los acusados del derecho a conocer con carácter previo la acusación (sentencia TS de 1 de diciembre de 1987). También se aduce que, de no responderse a la tesis, se produce una situación de indefensión y que el juzgador se convierte en parte acusadora (sentencias TS de 3 de noviembre de 1988).

Considero que no es posible compartir esta doctrina, esencialmente porque el Tribunal Supremo parece que no otorga suficiente relevancia a un hecho que reputo básico para analizar la función y naturaleza de la tesis del artículo 733 de la LECrim.: el encuadramiento temporal de este acto del tribunal en la secuencia de las actuaciones que constituyen el proceso penal y los límites en los que se mueve.

En efecto, sentado que el juzgador no puede apartarse de los hechos concretos en las conclusiones definitivas que, a su vez, han de guardar la debida relación con los referidos en las calificaciones provisionales o escrito de acusación y con los que fueron objeto de investigación en las diligencias previas o en el sumario, no cabe argumentar que con el planteamiento de la tesis el tribunal vulnera dere-

chos fundamentales del acusado tales como el que prohíbe la indefensión, el derecho a conocer la acusación formulada contra él, o el que le garantiza la imparcialidad del juzgador impidiendo que éste se convierta en parte acusadora.

Ninguno de estos derechos resultan vulnerados porque el tribunal utilice el artículo 733 de la LECrim., y plantee la tesis a las partes aunque la acusación no la haga suya si, manteniéndose en su integridad los hechos, el juzgador se limita a modificar la calificación jurídica de los mismos.

El acusado sabe que debe articular su defensa sobre todos y cada uno de los hechos que la acusación consignó en sus calificaciones como hechos delictivos y sobre todos ellos ha de proponer y practicar la prueba de descargo que considere oportuna, alegando por escrito y oralmente lo que a su derecho convenga, de donde no puede colegirse con suficiente fundamento que del planteamiento de la tesis por el juzgador se derive indefensión para el acusado ni vulneración del principio de contradicción.

Por otra parte, tanto las calificaciones provisionales como las definitivas, y las que eventualmente hubieran derivado de hechos no esenciales conocidos durante el juicio oral, por supuesto que les fueron dadas a conocer al acusado; de aquí que, constituyendo el objeto del proceso penal y de la acusación los hechos históricos o normativos (3), no pueda sostenerse que la utilización del artículo 733 de la LECrim., que para nada puede modificar tales hechos, vulnere el derecho a conocer la acusación formulada contra el acusado.

Conforme señala la sentencia TC 104/1986, de 17 de julio (FJ 4), la posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, plantea problemas constitucionales que deben situarse en relación con el derecho del acusado a saber de qué se le acusa y, sobre todo, con su derecho fundamental, ligado con el anterior, a poder defenderse de todo lo que se le acusa; el Tribunal ha considerado que tales derechos no se ven lesionados si se da «la identidad del hecho punible» entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, y, por otro lado, si ambos delitos o faltas sean «generalmente homogéneos», como dijo la sentencia TS de 10 de febrero de 1972, de

(3) *Ibidem*, pág. 68.

modo que todos los elementos del segundo tipo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación (ver también sentencias TC 12/1981, de 10 de abril y 105/1983, de 23 de noviembre).

En el mismo orden de consideraciones, el Tribunal Constitucional entiende en la sentencia 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1) que «el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando la acusación así comunicada la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto».

Por todo lo cual, no puede argumentarse finalmente —como hace la sentencia TS de 1 de diciembre de 1987— que el tribunal, comprometiendo su obligada imparcialidad objetiva, se convierta en parte acusadora por el mero hecho de plantear la tesis, posibilidad que naturalmente admite el Tribunal Constitucional (sentencia TC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6), ni que la tesis se convierte en acta de acusación cuando las partes acusadoras no la hagan suya y la sostengan en ese momento inmediatamente anterior a la sentencia. En puridad el juzgador se limita a mudar la consideración jurídica que le merezcan los hechos objeto de acusación, haciendo uso del principio *iura novit curia*, que la propia jurisprudencia ha considerado vigente en el proceso penal.

3. La regulación del derecho de defensa en nuestro proceso penal puede considerarse insatisfactoria, presentando fisuras ciertas en las distintas fases en que se desarrolla el proceso, tanto por lo que hace a la autodefensa como a la defensa técnica.

Bien es verdad que desde hace tiempo el momento para ejercitar el derecho de defensa está suficientemente claro: desde que al imputado se le comunica la existencia del procedimiento, también con la admisión de denuncia o querella, cuando haya sido objeto de deten-

ción o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento (art. 118 de la LECrim.).

Aun cuando no cabe duda acerca del momento inicial en que el derecho de defensa puede ejercitarse, se plantean sin embargo diversas cuestiones sobre la extensión que deba darse al mismo, a la luz de nuestro derecho positivo.

Particularmente grave resulta la carencia de regulación de la defensa del condenado en ejecución de la sentencia penal, siendo así que la ejecución ha de regirse por un estricto principio de legalidad, de tal forma que, como se dispone en el Código Penal, «no puede ejecutarse pena en otra forma que la prescrita en la ley ni con otras circunstancias o accidentes» (art. 81). Este principio ha de complementarse con la salvaguarda del derecho de defensa, y con su corolario inmediato: la posibilidad de que el condenado sea asistido de un defensor técnico que auxilie al condenado al objeto de que las diligencias que hayan de practicarse en la ejecución se ajusten rigurosamente a lo previsto en la ley.

Sin embargo, no existe en nuestra legislación ordinaria una previsión normativa que de forma clara establezca el principio general de defensa y, menos aún, la presencia de un abogado que defienda los derechos e intereses del condenado durante la ejecución de la sentencia, con lo que frecuentemente se produce un desamparo de éste, que sólo en cierta medida se ve paliado por la actuación del Ministerio Fiscal, que se ve obligado a asumir la defensa del condenado cuyos intereses, en sí mismos considerados, le son ajenos.

Esta restricción del derecho de defensa de quien debe cumplir o está cumpliendo la condena impuesta por la sentencia penal no se justifica. Parece que el necesario sometimiento del condenado a la ejecución le ha de llevar a la privación de intervenir en las actuaciones o de oponerse a las indebidamente practicadas, como si el Estado se convirtiera en una especie de ser omnipotente frente al condenado, quien debe padecer sumisamente cualquier actividad o restricción de sus derechos, aunque ésta resulte arbitraria o excesiva.

La salvaguarda del derecho fundamental a la defensa en todo estado del procedimiento debe llevar aparejado también el reconocimiento para el condenado del derecho de hacerse asistir de un defensor técnico también durante la fase de ejecución de la sentencia y hasta el total cumplimiento de la pena.

Además de los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia de abogado reconocidos constitucionalmente, en la vigente legislación ordinaria se puede hallar base normativa suficiente para el ejercicio del derecho de defensa durante la ejecución penal por medio de un abogado, tanto por lo dispuesto en las disposiciones que disciplinan la profesión de la abogacía como en la previsión normativa del artículo 118.IV de la LECrim., que alude al momento en que el sujeto pasivo del proceso necesite el *consejo* de un abogado o se haya de *intentar algún recurso* que hiciera indispensable su actuación; cuando menos, en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, existen supuestos en que legalmente viene exigida la representación por medio de procurador y la asistencia técnica de un abogado: en concreto, para interponer los recursos devolutivos de apelación o de queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria (Disp. Ad. 4.ª de la LOPJ).

4. El derecho de defensa puede ejercitarse por una doble vía: a través de la autodefensa o mediante la intervención de abogado, por un defensor técnico.

a) La autodefensa supone una intervención directa y personal del imputado en el procedimiento, para ejercitar su derecho fundamental a la defensa. Esta manifestación de la defensa tiene una muy escasa acogida en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante ser reconocida expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando dispone que todos tienen derecho a defenderse por sí mismos o a hacerse asistir por un defensor (art. 6.3).

De la simple lectura de la LECrim. se desprende que nuestro derecho positivo no pone al alcance del inculcado los medios suficientes para articular su autodefensa. El legislador olvida el derecho a esta defensa por uno mismo, satisfaciendo y potenciando el derecho a la asistencia de abogado defensor; sin embargo este derecho al defensor, que se reconoce sin trabas, no puede minimizar a la autodefensa, convirtiéndola en algo anecdótico o residual, porque tal alternativa conduce a la postre a un menoscabo del derecho fundamental.

A la luz de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que forma parte del ordenamiento interno español, se hace necesaria una interpretación amplia de la LECrim. a partir de su artículo 118, otorgando al inculcado una mayor posibilidad de intervenir personalmente en el proceso, porque «hacer callar la autode-

fensa puede incluso comportar el peligro de sofocar una manifestación de libertad» (4). Ha de hacerse notar en este sentido que en la sentencia TEDH de 25 de abril de 1983 (caso Pakelli) se reconoce que el artículo 6.3.c) del Convenio de Roma «garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita», sin que la opción en favor de una de esas posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (sentencia TC 37/1978, de 3 de marzo, FJ 6).

b) La defensa técnica supone que el ejercicio del derecho fundamental se realiza a través de la asistencia de un defensor con conocimientos jurídicos, de un abogado. Esta asistencia de abogado es para el defendido de una importancia tal que nuestra Constitución, como ya lo hicieran otros textos donde se consagran derechos fundamentales, lo reconoce como derecho independiente, aunque cabe al derecho de defensa.

La intervención de abogado en el proceso penal tiene así su reflejo constitucional en el derecho a la asistencia de abogado (art. 24.2); es decir, un derecho del imputado a la colaboración y apoyo técnicos de un profesional del Derecho.

El general derecho a la defensa, derecho fundamental según expresión constitucional o derecho público subjetivo en las categorías de Jellinek (5), lleva ínsita la característica de su inviolabilidad y por eso se establecen mecanismos de tutela privilegiada. Esta inviolabilidad del derecho a la defensa supone que su titular no puede ser despojado de él en contra de su voluntad a favor de otros sujetos y, por eso mismo, que ha de gozar de un control en su ejercicio: inviolabilidad equivale y significa inalienabilidad (6).

Lo dicho implica que el *dominus* ha de ser exclusivamente el acusado, quien no puede ser despojado de su derecho de defensa ni siquiera en favor del abogado; éste ha de encontrarse necesariamente

(4) DENTI, «La difesa come diritto e come garanzia», en *Il problema dell'autodifesa nel processo penale* (a cargo de Grevi), Bologna, 1977, pág. 56.

(5) *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, reimp. de la 2.ª ed. de 1919, Aalen, 1964, págs. 94 y sigs.

(6) DENTI, *op. cit.*, pág. 50.

subordinado a su defendido, con las solas funciones profesionales de colaboración y apoyo técnicos.

Sin embargo, la regulación de la defensa técnica resulta en buena medida perturbadora en nuestro ordenamiento jurídico, porque no se establecen con precisión los momentos procesales en que la asistencia de abogado es ya no sólo facultativa, como derecho del inculcado, sino que resulta obligatoria y, sobre todo, la razón última de estas opciones del legislador.

En efecto, por una parte, la asistencia de abogado aparece como obligatoria para el detenido y preso desde el momento de la detención (art. 520 de la LECrim.), bien que constitucionalmente sólo se reconoce como un derecho para el detenido desde las diligencias policiales o judiciales en que se le prive de libertad (art. 17.3 de la CE).

Por otra parte, se dispone que el abogado intervendrá cuando el imputado necesite su consejo o pretenda interponer algún recurso que haga necesaria su actuación (art. 118.IV de la LECrim.). Tales circunstancias son de todo punto indeterminadas y dependientes por completo de la voluntad del inculcado y no de una disposición de la ley; ésta, de forma indirecta, nos viene a decir que, si bien el inculcado tiene derecho a la asistencia de abogado desde el momento en que resulta tal condición de cualquier acto procesal, cuando necesite abogado debe nombrarsele; en efecto, la necesidad del consejo es algo subjetivo del que lo solicita —no cabe olvidar que el artículo 2.º de la LECrim. impone el deber genérico de auxilio al inculcado—, y la interposición de recurso para el que se precise la firma de abogado es también consecuencia de la decisión del inculcado: al no existir lógicamente un deber de recurrir aunque se trate de una resolución desfavorable será el propio inculcado quien determine ante qué resoluciones se aquieta y cuáles desea impugnar.

Por último, se mantiene que el inculcado ha de estar preceptivamente asistido de abogado cuando deba presentar escrito de calificaciones (art. 652 de la LECrim.). Conviene recordar, en otro orden de cosas, que la preceptiva asistencia de abogado desaparece como exigencia específica a lo largo de toda la ejecución, como ya se dijo, bien que en tal fase se puedan presentar múltiples problemas jurídicos con repercusiones ciertas en el derecho a la libertad del condenado.

A la vista de la heterogeneidad de los supuestos mencionados es preciso convenir en que la razón de la obligatoriedad de la asistencia de abogado es diferente para cada supuesto: el primer caso muestra, a mi entender, un reforzamiento del derecho a la asistencia letrada en beneficio del detenido, mediante el mecanismo de la imposición de un abogado incluso de oficio —lo que resulta constitucionalmente legítimo—, para evitar lo que en su momento se denunciaron como prácticas policiales que restringían, injustificada e ilegalmente, la asistencia al detenido.

En el segundo caso se trata pura y simplemente de la concreción del derecho a la asistencia de abogado que se reconoce a todo inculcado en un proceso penal, estableciendo el legislador los supuestos en que es preciso designar abogado de oficio.

En el tercer supuesto se establece la asistencia obligatoria del abogado al acusado no ya exactamente como manifestación del derecho fundamental que le asiste, sino más bien como garantía para un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando la igualdad de las partes en el juicio oral, al menos formalmente, de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca una defensa técnica.

5. El derecho a la asistencia de abogado, que se reconoce constitucionalmente tanto para el detenido (art. 17.3) como, en general, en todas las actuaciones procesales (art. 24.2), no se satisface por el simple nombramiento de oficio de un Letrado; además, el derecho exige una asistencia efectiva, que asegure su disfrute.

Como manifestó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 13 de mayo de 1980, caso Artico), el derecho a defenderse de forma adecuada personalmente o mediante un abogado se ve reforzado con la obligación estatal de proveer a la persona de asistencia judicial gratuita, lo que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un abogado de oficio, pues el Convenio Europeo de Derechos Humanos no habla de nombramiento sino de asistencia, lo que significa que el Estado ha de asegurar el disfrute efectivo del derecho a través de la efectividad de la asistencia, que no puede convertirse en un término vacío, ni ser interpretada de un modo formal y restrictivo (esta doctrina fue acogida en la sentencia TC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6).

De aquí que sea necesario plantear la diferente problemática que suscita la asistencia letrada a través de un defensor de oficio y de un defensor de confianza.

La designación de un defensor de oficio no representa otra cosa que el cumplimiento por el Estado de una garantía adicional para satisfacer plenamente el ejercicio del derecho a la asistencia de abogado en aquellos casos en que el inculcado, por ignorancia, por carencia de recursos económicos o por otras razones, no pueda nombrar a un abogado de su confianza; se trata, pues, de un sustitutivo de éste, ya que la designación por el defendido representa el contenido primario del derecho fundamental, pero en cualquier caso se provee al defendido de un técnico que le asista.

Sin duda esta designación de oficio es completamente diferente de la que se produce no ya cuando el inculcado no pueda nombrar un abogado de confianza, sino cuando el inculcado no quiere nombrar abogado alguno; en tales casos, la designación de oficio ha de considerarse como una garantía del regular desenvolvimiento del proceso, en beneficio, por tanto, del sistema de enjuiciar y no exactamente en beneficio del acusado que rehusa a su derecho a la asistencia letrada.

Los principales problemas que se plantean en relación con la defensa de oficio son fundamentalmente dos: por una parte, la confianza del defendido en la capacidad profesional del abogado y en su dedicación a la defensa de sus particulares intereses y, por otra parte, e íntimamente ligado con lo anterior, la solución a los supuestos de inconciliación entre defensor y defendido.

a) A este propósito debe señalarse cómo al principio de los años 70 la doctrina y jurisprudencia norteamericanas comenzaron exigiendo al defensor de oficio, por una parte, el grado de competencia normalmente requerido a los abogados y, por otra parte, que prestaran una atención razonable al defendido —hasta entonces la jurisprudencia constitucional entendía que sólo implicaba vulneración del derecho de defensa los supuestos en que la actuación del defensor fuese tan descuidada que el juicio llegara a convertirse en una mera farsa o burla de la justicia—. Con posterioridad a 1973 la jurisprudencia va precisando aquel concepto indeterminado de razonabilidad y de normalidad: el abogado de oficio debía comunicarse sin demora y tan a menudo como fuera necesario con su defendido, advertirle de sus derechos y ejercitar las acciones necesarias para preservarlos; había

de discutir con él sobre los instrumentos potenciales y las opciones tácticas a seguir en el procedimiento, desarrollar adecuadamente la investigación de los hechos y el estudio de la legislación (7).

Por consiguiente, teniendo en cuenta la doctrina tanto del Tribunal Constitucional español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso convenir en que la defensa de oficio ha de cumplir el requisito de efectividad en su prestación, de modo que no se convierta en una asistencia puramente formal, como con frecuencia sucede en la práctica de nuestros tribunales (8).

Es preciso destacar en este momento de forma laudatoria la medida que se introduce en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, donde, modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se establece que el abogado que asista al detenido en el primer momento del procedimiento habrá de continuar prestando asistencia jurídica al inculcado hasta el final del mismo (art. 788.2 de la LECrim.); esta medida sin duda contribuirá de forma decisiva en el conocimiento y la confianza recíprocas entre defendido y defensor de oficio y en la dedicación de éste a su función de asistencia jurídica.

b) Cuando el inculcado no pueda nombrar abogado de confianza cabe pensar en que se produzcan frecuentes supuestos de inconciliación entre ambos. No aparecen previstos en nuestro ordenamiento los problemas que de ello se derivan, ni las soluciones que deban darse; parece que el defendido debe conformarse con el abogado que le haya correspondido en suerte y sólo si puede designar a uno de su confianza (y abonarle sus honorarios) revocará el nombramiento de oficio.

No puede perderse de vista que el titular del derecho de defensa es el defendido y no el abogado, de donde la voluntad que en todo caso debe primar es la de aquél; tampoco cabe exigir que el Estado abone los honorarios de cualquier abogado que pretenda designar el inculcado. De aquí que sería preciso introducir en nuestro ordenamiento una solución a los supuestos de inconciliación que podría asemejarse a la prevista para el recurso de casación penal interpuesto en

(7) Cfr. VIVES ANTÓN, entre «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Justicia penal*, número especial (II) de *Poder Judicial*, pág. 117.

(8) Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se presta asistencia real en debida forma por desidia de las autoridades o del letrado de oficio, vulnerándose el artículo 6.º3.c) del Tratado de Roma (sentencia TEDH de 13 de mayo de 1980, caso Artico). Ver también la sentencia TC 37/1988, de 3 de marzo.



caso de que el recurrente goce del derecho a la justicia gratuita (art. 876 de la LECrim.): designación sucesiva de dos abogados y, en caso de excusa de ambos, se habrán de pasar los autos al Fiscal para que funde el recurso en beneficio del que lo interpuso si lo creyere procedente; si el Fiscal no lo fundamentara, se le habrá de comunicar al recurrente para que pueda actuar según su criterio (sentencia TC 37/1988, de 3 de marzo, declarando la nulidad del inciso final del art. 876.2 de la LECrim.).

6. Por lo que se refiere al abogado de confianza, al abogado elegido por el inculpado, es preciso apuntar, en primer término, que esta designación es sin duda el contenido primario del derecho a la asistencia de abogado. Como se dice en la sentencia TC 7/1986, de 21 de enero, el derecho a la defensa y asistencia de letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales por imperativo del artículo 10.2 de la misma, «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación» (FJ 2).

De todos modos hay que señalar alguna deficiencia importante en la regulación por nuestro ordenamiento de la asistencia de abogado de confianza, lo que tampoco la hace del todo satisfactoria, particularmente en los supuestos de privación de libertad, situación en que resulta obligatoria la asistencia de abogado. A este propósito conviene distinguir los supuestos en que el inculpado se encuentre en incomunicación y aquellos otros en que la detención o prisión provisional se cumpla en régimen de comunicación.

a) La salvaguarda del derecho de defensa se plantea con graves dificultades en caso de incomunicación. En primer término, porque el abogado aparece como simple convidado de piedra, dado que el detenido o preso no puede entrevistarse reservadamente con él, en cuyo caso el abogado se habrá de limitar naturalmente a controlar la regularidad de las diligencias practicadas durante la detención o prisión (art. 527.c de la LECrim.).

En segundo término, y esencialmente, plantea problemas la asistencia de abogado porque al inculpado se le priva del contenido fundamental del derecho a la asistencia letrada: la designación de abo-

gado de confianza, por cuanto se dispone que, en todo caso, «su abogado será designado de oficio» (art. 527.a/ de la LECrim.). A mi juicio no puede suprimirse, sin más, la posibilidad de designar abogado de elección, máxime en casos de detención incomunicada que tiene lugar sin que el Juez se haya pronunciado acerca de la misma (art. 520 bis.2 de la LECrim.). El peligro de colusión, fundamento jurídico de la medida, puede evitarse, sin duda, con otros mecanismos que incidan en menor grado en el derecho de defensa y resulten menos gravosos para el inculpado, como el someter a vigilancia los contactos con el abogado, sólo en ciertos casos y de forma limitada, según admite el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 30 de diciembre de 1985, caso Can).

b) Cuando el inculpado se encuentra detenido o preso, y en situación de comunicación, parece que el ejercicio del derecho podría tener lugar en toda su extensión. Sin embargo, el artículo 520.6 de la LECrim. que establece el contenido de la asistencia del abogado, deja muy mermado el derecho de defensa, tanto porque la solicitud de que se informe al detenido de sus derechos debiera resultar superflua, cuanto porque no se permite al detenido entrevistarse reservadamente con el abogado más que cuando la diligencia hubiere finalizado y la actuación de éste se prevé únicamente con posterioridad a dicha diligencia.

c) Por último cabe apuntar a este propósito el impedimento que para el libre ejercicio del derecho a la asistencia de abogado, y la designación de uno de confianza, implica la colegiación. Con la actual regulación de la profesión de la abogacía el abogado ha de colegiarse en los distintos Colegios provinciales o de partido en donde radiquen todos y cada uno de los tribunales donde desee actuar (art. 439.2 de la LOPJ y arts. 2.1 y 14 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 2090/1982, de 24 de julio), salvo que se trate de sucesivas instancias de un mismo proceso, en cuyo caso se les habilitará para ejercer en el ámbito de los otros tribunales y únicamente para la defensa en aquel proceso. Sin entrar en la discutible constitucionalidad de la colegiación obligatoria, el régimen previsto carece, a mi juicio, de justificación y lleva aparejado, por su coste, una ilegítima dificultad para el ejercicio del derecho a la asistencia de abogado que lo hace incompatible con el derecho fundamental (9).

(9) En el mismo sentido, VIVES ANTÓN, *op. cit.*, págs. 118-119.

7. Quisiera plantear, por último, el problema del rechazo de todo defensor; es decir, aquellos casos en que el inculpado rehusa la asistencia no ya de un concreto letrado por razones más o menos atendibles, sino la asistencia de todo abogado.

A mi entender, el legislador de 1882, cuando reconoció el derecho a la asistencia de abogado y el nombramiento de oficio si el acusado no lo designaba, partía de dos premisas: por un lado, que el ciudadano, actuando en su propio interés, no podría por menos que defenderse, y para ello el legislador le dotaba de un «derecho precioso», que ha de ser «grandemente estimado donde quiera que se rinda culto a la personalidad humana: el de nombrar defensor» (E. de M., XVIII), ya en el sumario. Por otro lado, era necesario establecer la igualdad de las partes en la contienda jurídica «hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana» (E. de M., VIII), y el momento en el que aparece necesaria y absoluta esta igualdad es precisamente en la calificación, porque «ya entonces sería indisculpable que la Ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado» (E. de M., XIX).

De esta manera, el defensor de oficio viene al proceso para actuar sólo en interés del acusado, cuando éste no tenga posibilidad o medios para designar a uno de su confianza, por regla general. Esto es, la defensa técnica es una garantía del acusado, que se establece para la salvaguarda de sus derechos individuales allí donde se encuentran más poderosamente amenazados y donde puede ser insuficiente la actuación del propio ciudadano, con escasos o nulos conocimientos jurídicos, por la propia complejidad del sistema: el proceso por delitos. De todo ello se inferiría que el acusado debía estar ávido de contar con la asistencia de un defensor y no resultaba lógico pensar en que la asistencia de un abogado en un proceso penal por delitos pudiera traducirse en un perjuicio o desventaja para el defendido.

Es ésta la concepción que resulta más acorde con las circunstancias de 1882, pero que no cabe mantener en la actualidad, porque se parte de una perspectiva traída por el cambio operado a lo largo de un siglo en los cánones de conducta social y que ha supuesto, entre otras muchas cosas, la tutela efectiva de los derechos humanos de un modo más inmediato.

En cualquier caso, el derecho a la defensa, derecho inalienable y cuyo titular es el acusado, debe considerarse como un derecho dispo-

nible o renunciable y no cabría hablar entonces de una obligación de defenderse; buena prueba de ello se puede encontrar en los supuestos de «conformidad» o «confesión» del acusado.

Según se dijo antes, el derecho a ser asistido de defensor es una manifestación más del derecho a la defensa, con el que guarda, por tanto, una relación de subordinación, y, desde luego, el derecho a la defensa no exige para su ejercicio la asistencia junto al acusado de un defensor técnico. Tal afirmación se evidencia en nuestro derecho positivo por la existencia de los juicios de faltas, donde no es preceptiva la asistencia de abogado y, en verdad, tan infracciones penales son éstas como los delitos, tan proceso penal es uno como otro, tan defensa penal es la que se ejercita en el juicio de faltas como en el proceso por delitos, tan grave es la pena de treinta días de arresto menor como la de un mes y un día de arresto mayor y, por supuesto, mucho más grave y lesiva es la pena de treinta días de privación de libertad por la comisión de una falta, que la pena de multa de 10.000 pesetas por la comisión de un delito.

De todas las consideraciones anteriores cabe deducir que la *ratio* del artículo 652.II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece el preceptivo nombramiento de defensor al acusado *noiente*, no puede buscarse en el derecho de defensa que asiste al acusado; deriva, en el decir de Denti, de que la defensa técnica —la presencia de un abogado junto al acusado— no es sólo un derecho, sino que constituye además una garantía para el correcto desarrollo del proceso (10).

Cuando el acusado no quiere que se le defienda, el defensor técnico, designado de oficio naturalmente, que viene al proceso contando con el absoluto rechazo del acusado cumple con la función de actuar un mecanismo de autoprotección del sistema procesal penal, establecido para que se vean cumplidamente satisfechas las «reglas de juego» de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes (11). Es decir, que en tales casos el defensor satisface un interés extraño al del sujeto pasivo del proceso penal: el interés público general de asegurar un *due process of law* que queda cumplido si la contradicción

(10) *Op. cit.*, pág. 48 y *passim*.

(11) Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, 4.<sup>a</sup> ed., Milano, 1977, pág. 107. Asimismo VASSALLI, «Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva», en *Il problema dell'autodifesa...*, cit., pág. 156.

es efectiva y la igualdad de armas real, y que puede demandar la presencia en juicio de un defensor (12).

Quedarían así explicitadas las razones por las cuales parece que el legislador exige la presencia de abogado en el juicio oral, pero no siempre antes (13): porque el «juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal» y en el sumario, entre otras cosas, se reúnen «los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público» (E. de M., XIX); porque el sistema ha establecido que frente a una acusación técnica haya una defensa técnica, para que así tenga plena efectividad la contestación a la acusación.

En este orden de ideas, únicamente en el juicio oral es donde se entabla y tiene vigencia la dialéctica procesal, con los puntos de partida perfectamente delimitados. Por esto quiere el legislador que el Tribunal provea de abogado al acusado que se encuentre sin su asistencia. El sumario está constituido por las «actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes» (art. 299 de la LECrim.); los sujetos procesales que en él intervienen habrán de tender, por tanto, a la obtención del material de hecho necesario para fundamentar en su momento los escritos de calificaciones y sentar las bases para articular la prueba en el juicio oral, atendiendo a su respectiva posición. Durante el sumario las más importantes resoluciones judiciales que se dictan y que tendrán decisiva importancia en el procedimiento (tales como la admisión de la querrela, el auto de procesamiento o el auto de conclusión del sumario) no precisan, ni se establece para acordarlas, un trámite de audiencia bilateral; pero es que además todo lo actuado en el sumario se enjuicia sin intervención alguna del sujeto pasivo del procedimiento: el

(12) Así DENTI, *op. cit.*, pág. 48. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con Herce), 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1981, pág. 81, señala que la defensa mediante un asistente personal y técnico «no es sólo un derecho del inculcado, sino un requisito legal».

(13) Como antes se dijo, durante la investigación el legislador impone la asistencia de un abogado cuando el inculcado se encuentre privado de libertad. En tal caso se añade una garantía al detenido o preso para lograr la escrupulosa salvaguarda de sus derechos.

imputado, que puede verse «eximido» del juicio oral por resolución con autoridad de cosa juzgada —auto de sobreseimiento libre— dictada en unas actuaciones sin contradicción.

Cuando se abre el juicio y presentado el escrito de calificaciones de la parte acusadora, es cuando se ha de establecer con plenitud la contradicción, al menos formalmente —y este punto será desarrollado después—, porque «nadie puede ser condenado sin ser oído», y la condena sólo puede recaer tras la celebración del juicio oral.

Claro es que la garantía de la defensa letrada —ese mecanismo de autoprotección del sistema para que funcione la contradicción y las partes estén en igualdad de condiciones— no es, ni mucho menos, uno de los principios fundamentales del proceso penal, de modo que si desapareciera la necesidad legal de la defensa técnica, no por ello se vería amenazado el actual proceso penal, ni se produciría una subversión de valores en el mismo, como ocurriría, sin duda, si se suprimiera la garantía de la imparcialidad del Juez o del proceso público; es decir, que se trata de una simple opción del legislador con una trascendencia sólo relativa. La garantía de la defensa técnica, que se trasluce con claridad cuando a pesar de la oposición del acusado se le designa defensor, no es más que un instrumento del que se sirve el proceso, y es el interés público a que se satisfagan *todas* las garantías el que hace que la defensa sea necesaria, y no el interés del defendido que, lógicamente, se ha manifestado en sentido contrario.

Por todo lo dicho, el defensor impuesto al acusado es llamado al proceso para integrar el contradictorio, no exactamente para que no se dé, como decía Gómez de la Serna, «el espectáculo repugnante de que, al mismo tiempo que haya en las causas quien acuse en nombre de la sociedad al que puede ser culpable, no haya quien lo defienda cuando la Ley lo considera inocente, mientras no recaiga un fallo ejecutorio que lo declare criminal» (14), porque podría defenderse a sí mismo, y existir por ello la contradicción de igual forma. El defensor aparece convertido sobre todo en un órgano de control del regular desenvolvimiento del proceso en interés del acusado, y en un garante del respeto de los derechos que la ley reconoce al acusado.

(14) ¿Puede el abogado nombrado de oficio para defender al que está procesado criminalmente abstenerse del defensor, cuando el acusado se obstina en que no quiere ser defendido? en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 11 (1857), pág. 260.